



VII COLOQUIO INTERNACIONAL SOBRE GESTION UNIVERSITARIA EN AMERICA DEL SUR

"Movilidad, Gobernabilidad e Integración Regional"

Mar del Plata, Argentina

29 de Noviembre al 1º de Diciembre de 2007



Área Temática: Poder y Gobernabilidad:

Título "El incumplimiento de la administración en la convocatoria de los concursos docentes como mecanismo ilegítimo de sanción del docente ordinario"

Autores

Marcelo Héctor Efron¹ (mefron@infovia.com.ar)

Silvina Claudia Esperanza² (siles@datafull.com)

Institución:

- ✓ UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA (UNLZ) - FACULTAD DE DERECHO
- ✓ ASOCIACION DE ESPECIALISTAS EN GESTION DE LA EDUCACION SUPERIOR – AEGES

¹ Abogado UNLZ – Magíster en Gestión Universitaria UNMdP – Profesor de Derecho Administrativo - Presidente de Aeges

² Abogada UNLZ – Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.

Indice:

RESUMEN	pag. 2
1.- FUNDAMENTOS DE LA LEY DE EDUCACION SUPERIOR.	pag. 3
2.- CATEGORIAS DOCENTES:	
2.1.- Docentes ordinarios:	pág. 4
2.2.- Otras categorías docentes:	pag. 4
3.- CATEGORIAS INCIERTAS:	pag. 5
3.1.- Docente ordinario con concurso vencido:	pag. 6
3.2.- Ámbito de abuso:	pag. 6
4.- EL INSTITUTO DE LA CADUCIDAD:	pag. 7
5.- POSIBILIDAD DE DEFENSA	pag. 8
6.- CONCLUSIONES	pag. 9
7.- BIBLIOGRAFIA	pag. 10

RESUMEN:

La autonomía universitaria no es soberanía. El gobierno de la Universidad debe respetar los mismos principios constitucionales que nos rigen a todos los habitantes del país.

En particular los principios de legalidad y razonabilidad, el debido proceso y los principios del derecho administrativo.-

Los órganos de gobierno de las Universidades y Facultades tanto unipersonales como colegiados, se encuentran sometidos a los controles respectivos para evitar entre otras cosas, que su accionar se aparte de los normas legales, vulnerando derechos reconocidos en la Constitución Nacional, en el caso bajo análisis, de los integrantes de la comunidad académica, particularmente, los profesores.-

Las designaciones de docentes por medio de concurso público de oposición y antecedentes, representan un deber para la Universidad y no un derecho. Siguiendo ésta línea, concluimos que dichas resoluciones de designación, no pueden nunca contar con plazos de caducidad automáticos.

En efecto; El derecho del docente que ocupa un cargo ordinario a aspirar a permanecer en el mismo a través de su participación en el nuevo

concurso que debe realizarse para cubrir el cargo que quedaría vacante, constituye el meollo de este trabajo. -

Las universidades públicas hacen abuso de un recurso de carácter excepcional, cual es la designación de docentes interinos y/o contratados.-

El control de legitimidad de los actos de gobierno está a cargo del poder judicial, cuando ese accionar irregular ocasiona lesión a derechos particulares. Especialmente necesario es tal control dentro del ámbito de la administración, donde quien ejerce la función administrativa detenta una condición de superioridad legal sobre los miembros de la comunidad académica, por el solo ejercicio de la función.-

La Legislación de fondo y la propia constitución prevén entonces las vías idóneas para subsanar la grave lesión, restricción, alteración o amenaza a los derechos de un miembro de la comunidad académica, actual o inminente, producido con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.-

1.- FUNDAMENTOS DE LA LEY DE EDUCACION SUPERIOR.

La ley 24521 regula la Educación Superior, derechos y obligaciones de los miembros de la comunidad universitaria y de sus autoridades.-

El presente trabajo está orientado al análisis del incumplimiento de las autoridades universitarias y los efectos adversos que dicho incumplimiento acarrea en los derechos de los integrantes de uno de los claustros: el docente.-

Este claustro se integra exclusivamente con docentes ordinarios, designados por concursos públicos de oposición y antecedentes. Este modo de designación es requisito indispensable para ejercer derechos electivos (elegir y ser elegido).-

Las universidades tienen obligaciones concretas que surgen de la propia Ley de Educación Superior. En efecto, la autonomía universitaria no equivale a soberanía. La Universidad Pública goza de autonomía sujeta al cumplimiento de la totalidad de la legislación vigente y aplicable a la

misma, partiendo de la Constitución Nacional y siguiendo con leyes y decretos específicamente destinados a ellas.-

Es así que la autonomía tiene límites dentro de los cuales encuentra su garantía, fuera de ellos, corre peligro tal autonomía, pues puede el Congreso Nacional decidir su intervención³.-

Entonces, para encontrar una adecuada garantía al pleno goce de su autonomía, la universidad debe cumplir los límites que le impone la ley que la rige⁴.-

Analizaremos a continuación el incumplimiento denunciado.-

2.- CATEGORIAS DOCENTES:

La Ley de Educación Superior dispone que el acceso a la carrera docente se realiza mediante concurso público de oposición y antecedentes. Sólo de manera excepcional pueden realizarse contrataciones sin sustanciación del respectivo concurso⁵.-

2.1.- Docentes ordinarios:

Son aquellos que han accedido al cargo mediante concurso público y abierto de oposición y antecedentes.

Es el docente regular que goza de estabilidad en el cargo, derecho pleno de participar en el gobierno universitario⁶.-

Es requisito que quien aspire a ingresar a la carrera docente, participe en un concurso público y abierto de oposición y antecedentes, que garantice la selección de los mejores docentes para participar en la formación de los futuros profesionales.-

Esta es la norma, el docente debe acceder al cargo por concurso público y abierto de oposición y antecedentes, y la misma ley fija un mínimo.

³ Ley 24521 arts. 28, 29 y 30.-

⁴ Ley 24521, art. 30 inc. c).-

⁵ Ley 24521 arts. 51.-

⁶ Ley 24521 art. 11.-

Los docentes designados por concurso deben representar no menos del setenta por ciento de la planta docente de cada universidad⁷.-

2.2.- Otras categorías docentes:

De manera excepcional, las universidades pueden designar docentes por otros medios.

a) Docentes Contratados: Con carácter excepcional y sólo por tiempo determinado, las universidades pueden contratar personalidades de reconocido prestigio y méritos académicos sobresalientes para desarrollar cursos, seminarios o actividades similares. Es decir, no puede contratar docentes para el dictado de materias obligatorias incluidas en el plan de estudios.-

b) Docentes Interinos: Sólo cuando sea imprescindible, y mientras se sustancia el concurso respectivo, pueden las universidades designar temporalmente docentes interinos para el dictado de materias obligatorias del plan de estudios respectivo.-

En casos excepcionales, los docentes interinos gozan del derecho a elegir a los representantes del claustro docente –no pueden ser elegidos-, según las disposiciones transitorias de la propia ley. Se fijó un plazo para que las universidades se adecuaran a la previsión contenida en el segundo párrafo del art. 51 de la ley. Durante este plazo se otorgó a los docentes interinos con más de dos años de antigüedad continuada el derecho a elegir a sus representantes para participar en el gobierno de la universidad⁸.-

Es dable destacar que en las universidades argentinas estos plazos están cumplidos con creces, sin embargo podemos asegurar que ninguna universidad pública cuenta con el setenta por ciento de sus docentes designados por concurso público y abierto de oposición y antecedentes.-

3.- CATEGORIAS INCIERTAS:

⁷ Ley 24.521 art. 51 in fine.-

⁸ Ley 24.521 art. 78 y decreto 499/95 art. 16.-

Hasta aquí reseñamos las categorías docentes existentes en las universidades públicas, ahora bien, hay zonas grises, casos inciertos en los cuales surge nitidamente un incumplimiento de la autoridad universitaria que lesiona los derechos de los docentes.-

3.1.- Docente ordinario con concurso vencido:

La designación por concurso se realiza por plazo determinado, por ejemplo cinco años. ¿Qué ocurre con este docente que accedió al cargo legítimamente por concurso público de oposición y antecedentes cuando vence el plazo de su designación?

La respuesta es obvia, la universidad debe arbitrar los medios para que, antes del vencimiento del plazo por el cual el docente fue designado se realice un nuevo concurso para seleccionar al docente que va a cubrir el cargo que quedará vacante al vencimiento del plazo en cuestión.-

Ahora bien, esto no es lo que ocurre en nuestras universidades, entonces surge el siguiente interrogante ¿qué categoría docente tendrá quien haya accedido al cargo por concurso público de oposición y antecedentes a partir del momento en que venza el plazo de su designación?

No hay una categoría que considere su situación, porque esto no es normal.

Si se da el caso es exclusivamente porque la universidad respectiva no ha cumplido con las obligaciones a su cargo, con los requisitos para mantener el pleno goce de su autonomía.-

El docente queda, entonces en un estado de indefensión y, sujeto al capricho de las autoridades de turno, que pueden disponer su cese sin más explicación que el vencimiento del plazo por el cual fue designado, vulnerando arbitrariamente el derecho de acceder y permanecer en la carrera docente mediante concurso público de título, antecedentes y oposición, violando de hecho la estabilidad en el cargo, la cual se ve abrupta y arbitrariamente alterada por la decisión o indecisión de un órgano incompetente para ello, constituyendo un claro despido encubierto.-

3.2.- Ámbito de abuso:

Esta situación de incertidumbre, es muchas veces aprovechada por las Universidades para efectuar designaciones al margen del procedimiento de selección obligatorio.-

En general se alega que cuando vence el plazo por el cual el docente ordinario fue designado, se produce la "caducidad" de dicha designación, y por tanto debe abandonar el cargo. Entonces, "mientras se sustancia el nuevo concurso", utilizan la previsión excepcional que autoriza a designar docentes interinos.-

¿Tiene derecho el docente que accedió a su cargo por el procedimiento de selección legítimo a aspirar a permanecer en su cargo por el mismo procedimiento?

Indudablemente sí. No es un derecho a la permanencia en el cargo, sino a participar en un nuevo concurso para aspirar a ser el elegido para cubrir el cargo. Obviamente es un derecho a participar, pues el procedimiento de selección importa la elección del aspirante más idóneo.-

En tanto, ¿puede ser separado de su cargo? Entendemos que no. Es obligación de la universidad realizar el concurso respectivo con la antelación suficiente para que antes del vencimiento del plazo de designación, se haya sustanciado y seleccionado a quien habrá de ocupar el cargo a partir de allí.-

4.- EL INSTITUTO DE LA CADUCIDAD:

La caducidad siempre es una sanción. No es una consecuencia natural del vencimiento de un plazo.-

Muy por el contrario, requiere una inactividad que evidencie un manifiesto desinterés por ejercer el derecho sujeto a caducidad.-

¿Cuál sería el caso? El docente designado por concurso, cuya designación está a punto de vencer, no participa en el nuevo concurso destinado a cubrir la vacante. Es un caso claro de desinterés, dado que no

ejerce su derecho a aspirar a permanecer en el cargo mediante la participación en un nuevo concurso. En consecuencia, este derecho –a aspirar a permanecer en el cargo- caduca por inactividad de quien debe ejercerlo.-

Ahora bien, en el momento en que la universidad sostiene que el mero vencimiento del plazo ocasiona “la caducidad de la designación”, en realidad está diciendo: Vence el concurso, no se ha convocado a un nuevo procedimiento de selección, en consecuencia, el docente ordinario recibe la sanción del incumplimiento de la propia universidad.-

La caducidad requiere dos requisitos, vencimiento de un plazo sumado a inactividad de quien tiene el derecho cuestionado.-

En el caso en análisis, el vencimiento del plazo es objetivo, pero la inactividad no procede de quien tiene el derecho (el docente), sino de quien debe arbitrar los medios para que ese derecho sea ejercido (la universidad).-

En cualquier caso, el beneficiario del incumplimiento es quien –precisamente- ha incumplido las obligaciones legales. La universidad se beneficia, pues al no convocar a concurso (incumplimiento), deja cesante al docente ordinario (que no puede ejercer el derecho a aspirar a permanecer en el cargo por el incumplimiento de la autoridad universitaria), y designa docentes al margen del proceso de selección que es obligatorio para la designación de por lo menos el setenta por ciento de la planta docente.-

Se trata de una absoluta desnaturalización del instituto de la caducidad, pues el sancionado es la víctima del incumplimiento de quien impone la sanción.-

5.- POSIBILIDAD DE DEFENSA

Dada la situación descripta, resulta clara la arbitrariedad en que incurren las universidades al no cumplir las obligaciones que le impone la Ley de Educación Superior, y sancionar de hecho por tal incumplimiento al docente ordinario, privándolo de su condición de profesor, de su carrera, de

sus derechos de claustro y eventualmente, del derecho de participar en un nuevo concurso para aspirar a permanecer en el cargo.-

Hay derechos y garantías constitucionales involucradas, tales como el debido procedimiento (art. 18 CN), el principio de legalidad (art. 19 CN), el principio de razonabilidad (art. 28 CN), igualdad (art. 16 CN), por señalar sólo los más evidentes.-

Dada la entidad de la lesión a derechos y garantías constitucionales, el docente en ésta situación tiene derecho a solicitar la restauración de los mismos mediante la intervención judicial.-

La autonomía universitaria no es óbice para que el poder judicial efectúe el debido control de constitucionalidad del obrar de las autoridades universitarias. No se trata de una intrusión en un ámbito discrecional y reservado a cada universidad, sino del incumplimiento de la ley que fija los requisitos para que cada universidad goce de su autonomía.-

Los jueces no pueden sustraerse a ejercer este control. No se trata de cuestionar decisiones académicas, se trata de subsanar omisiones legales. Son obligaciones, no facultades discrecionales. Si hay obligación legal de actuar, y abstención por parte del obligado, HAY OMISION. Las omisiones de la administración (universidades nacionales incluidas), en la medida que generan una lesión irreparable a derechos de terceros, ESTAN SUJETAS A CONTROL JUDICIAL.-

6.- CONCLUSIONES

No hay caducidad de la designación del cargo ordinario como sanción cuando el incumplimiento es de la propia administración.-

El docente que ha accedido al cargo mediante concurso público de oposición y antecedentes, tiene un claro derecho a mantener su status y todos sus derechos, cuando por incumplimiento de la propia universidad, no puede participar en un nuevo concurso que le permita el ejercicio pleno de su derecho a aspirar a permanecer en el cargo.-

En caso de violación de este derecho, los jueces tienen la obligación de intervenir –a pedido del docente-, para restaurar el derecho vulnerado.-

No es objeto de este trabajo analizar cuál es el proceso judicial aplicable, pues cada caso requiere de un estudio de sus particularidades, por lo que no podemos incurrir en generalizaciones. Baste con decir que hay múltiples vías procesales para obtener la tutela efectiva del derecho en cuestión.-

Lo contrario, es decir, el hecho de no designar al docente responsable, sin causal objetiva alguna, cuando el mismo ocupaba el cargo, no encontrándose previsto ocuparlo por el medio natural (concurso) con quien lo hubiera ganado, y ni siquiera encontrarse previsto proveer dicho concurso, no solo priva al mismo de su derecho legítimo a conservar el puesto, sino que constituye unilateralmente un típico **acto del monarca**, es decir, un acto arbitrario y por ende ilegítimo, en la medida que la **finalidad** del mismo no es garantizar el interés general a través del cumplimiento del mandato Estatutario y Legal (Ley 24.521 de Educ. Superior) designando a través del mecanismo concursal al mejor y mas capacitado docente elegido por un jurado de pares, sino que por el contrario, la finalidad encubierta, y por lo tanto lo que vicia el acto, es que se trata ni mas ni menos, de un despido encubierto.

El espíritu de la Universidad autónoma, democrática y participativa, no puede resultar vulnerada en sus mas elementales actos por actitudes caprichosas y arbitrarias, sino por el contrario, la “búsqueda del saber”, debe privilegiar el acceso a la cátedra, la libertad de cátedra y por sobre todo, el respeto a la Ley y a la Constitución.

7.- BIBLIOGRAFIA

- ✓ Bidart Campos German: Conflictos de poderes e intervención federal. Jurisprudencia Argentina 16/10/74.
- ✓ Bidart Campos, G.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, Ediar, 1997, T. VI, Cap. X, punto II.

- ✓ Canosa, Armando N. Los Recursos Administrativos, Ed. Abaco, Bs.As. 1996, ps. 59 a 65.
- ✓ Carranza Latrubese, Gustavo - Responsabilidad del Estado por su Actividad Lícita Ed. Abeledo Perrot
- ✓ Cassagne, Juan Carlos - Derecho Administrativo Tomos I y II Editorial Abeledo Perrot.-
- ✓ Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, 7ma. Ed. LexisNexisAbeledo Perrot, Bs. As. 2002, .
- ✓ Comadira, Julio Rodolfo, "Las bases constitucionales del procedimiento administrativo", en Colección de Análisis Jurisprudencial –Elementos de Derecho Administrativo. Cátedra del Dr. Julio Rodolfo Comadira, La Ley, 2005.
- ✓ Constitución Nacional, arts. 41, 42, 43 y 86.
- ✓ Creo Bay, Horacio - Amparo por mora de la administración pública — Editorial Astrea.-
- ✓ Dromi, Roberto - Derecho Administrativo - 10ma edic actualizada - Editorial Ciudad Argentina.- 2004
- ✓ Efron, José y Efron, Marcelo – Derecho Administrativo – Editorial Némesis – Buenos Aires –1998
- ✓ Efron, José y Efron, Marcelo – Derecho Administrativo – Grafica Yanel Editora – Buenos Aires – 2000.-
- ✓ Gallegos Frediani, Pablo – Las medidas cautelares contra la administración pública – Ed. Abaco - 2005
- ✓ Gordillo, Agustín – Tratado de Derecho Administrativo – Tomo 2– La defensa del usuario y del administrado - Ed. Fundación de Derecho Administrativo –
- ✓ Gordillo, Agustín – Tratado de Derecho Administrativo – Tomo 4 – El Procedimiento Administrativo – Fundación de Derecho Administrativo – 2000
- ✓ Gusman, Alfredo, Autarquía y descentralización, en El Derecho, suplemento de derecho administrativo, serie especial, del 16/10/98, p.16 y ss.
- ✓ Gusman, Alfredo, Control administrativo, judicial y legislativo sobre las universidades públicas en Control de la Administración Pública, administrativo, legislativo y judicial, Jornadas Organizadas por la Facultad de derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2003.
- ✓ Gusman, Alfredo, Fronteras del poder discrecional, LL-Córdoba, año 19, número 1, febrero de 2002.
- ✓ Hutchinson, Tomas - Régimen de Procedimientos Administrativos Ley 19549 - Decreto Reglamentario 1759/72 Texto ordenado 1991 según Decreto 1883/91.- Editorial Astrea – 5ta edic actualizada – 2000.-
- ✓ Legislación Argentina: Ley 19.549, Procedimientos Administrativos; Decreto 1759/72 (t.o.1991), Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.-
- ✓ Legislación Argentina: Ley 24. 156, Ley de Administración Financiera y control del Sector Público .

- ✓ Legislación Argentina: Ley 24.284; Defensor del Pueblo.
- ✓ Legislación Argentina: Ley 24.521; Ley de Educación Superior
- ✓ Mairal, Hector A- La doctrina de los propios actos y la Administración Pública- Editorial Depalma.-
- ✓ Morello, Augusto y Vallefin, Carlos – El Amparo, Régimen Procesal 2° Edic – Ed. Librería Editora Platense – 1995
- ✓ Quiroga Lavie Humberto: Manual de Derecho Constitucional. Buenos Aires 1996.
- ✓ Vazquez, Adolfo – Responsabilidad Aquiliana del estado y sus funcionarios – 2° Edic. – Edit La Ley – 2001